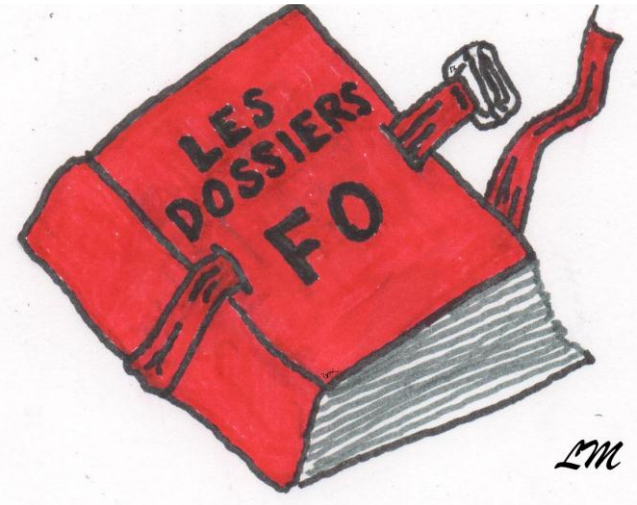
FO BANQUES BNP PARIBAS

AR/IG – Juin 2013

Les dossiers FO



L'évaluation professionnelle

Votre Représentant Syndical FO : Roger MOCKA : 0142981259
Vos Délégués Syndicaux FO
Alain ROB : 0142985730 - Bruno PERSELLO : 0140146387 - Charles LEGROS : 0680315546 –
Isabelle GENDRE : 0155778663 - Roberto DE PAOLI : 0155777209

Régulièrement, nous sommes interpellés par les salariés lors de leurs entretiens d'évaluation. Peut-on refuser de signer ? Comment rédiger les commentaires ? Peut-on demander de la formation, demander une augmentation ?…

Nous vous proposons d'apporter un éclairage et vous fournir un certain nombre de conseils concernant cet exercice plus complexe qu'il n'y paraît, sous un angle plus juridique.

1. L'évaluation des salariés

L'évaluation des salariés est symptomatique de deux éléments forts : la tertiarisation de l'économie et l'individualisation des comportements. **De fait, la solidarité de l'équipe de travail peut être remise en cause, dans son principe, par un système d'évaluation.** Sur le modèle de « l'arroseur arrosé », on a désormais l'évaluateur évalué, l'enseignant noté… instaurant un climat de suspicion permanente, de défiance perpétuelle, de compétition intra-entreprise, un nouveau Big Brother humain, du style « j'ai un œil sur vous, qui que vous soyez, quoi que vous fassiez ». Est-ce un « bon » mode de gestion du personnel ? Est-ce une façon de motiver les salariés ? On ne peut qu'en douter. Pourtant, cela n'empêche pas la démultiplication des systèmes d'évaluation, peu important la taille de l'entreprise, son secteur d'activité, le type d'emploi concerné… Le contrôle juridictionnel se justifie d'autant plus dans ce contexte de liberté surveillée.

Un arrêt récent de la cour d'appel de Toulouse, portant sur l'évaluation non pas du travail, valeur **objective**, du salarié, mais de son comportement, notion par nature **subjective**. Les juges avaient à s'intéresser à cette question novatrice : peut-on juger objectivement de valeurs humaines ? Est-ce simplement possible, et permis, dans le cadre de l'entreprise ?

La décision des juges, sur laquelle nous reviendrons en détail dans ce dossier, reflète la perpétuelle et nécessaire évolution du droit, qui doit s'adapter continuellement à de nouvelles situations.

2. Le système d'évaluation

Classiquement, l'évaluation est annuelle, afin de fixer des objectifs pour l'année, et pour s'assurer de leur réalisation un an après. Mais rien n'oblige à cette périodicité : l'évaluation peut être bisannuelle, semestrielle, trimestrielle... voire sans aucune périodicité, au bon vouloir de l'employeur. Ce dernier est toutefois soumis à certaines obligations pour la mise en place du processus d'évaluation, pour respecter tant les droits collectifs que les libertés individuelles.

Le CHSCT met les pieds dans le plat !

C'est par une construction jurisprudentielle novatrice et courageuse que la Cour de cassation a imposé la consultation du CHSCT préalablement à la mise en place du projet d'évaluation du personnel. Un arrêt a justifié cette compétence après avoir constaté que l'évaluation annuelle pouvait avoir une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération, et que les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une **pression psychologique** entraînant des répercussions sur les conditions de travail.

Un jugement du TGI de Nanterre a parfaitement retranscrit les raisons de cette compétence du CHSCT, en disposant que le dispositif de notation des salariés en cause, qui reposait sur des critères comportementaux difficilement quantifiables et détachés de toute effectivité du travail, pouvait avoir un impact sur les conditions de travail et placer les salariés dans une **insécurité préjudiciable à leur santé mentale**.

De façon générale, que l'on soit bien ou mal évalué, l'évaluation a ipso facto des conséquences sur les conditions de travail du salarié. Dès lors, outre le stress lié à l'entretien d'évaluation, ou la fragilisation possible des salariés après un (ou plusieurs) entretien défavorable, elle a aussi pour conséquence une « surintensification » au travail, un surinvestissement du salarié, au détriment de sa vie privée et de son équilibre personnel. La compétence du CHSCT est donc nécessaire et obligatoire pour toute évaluation !

L'implication du CCE

La compétence du CE se justifie par l'article L.2323-32 du code du travail, texte ô combien important, qui dispose que le CE est « informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés ».
Pas d'évaluation sans consultation préalable du CE.

Cette consultation porte, entre autre, sur les moyens et techniques qui permettent un contrôle de l'activité des salariés. Il n'est nul besoin que le projet ait pour but de contrôler l'activité des salariés ; il suffit que les moyens qu'il met en œuvre le permettent.
Le système d'évaluation, dès qu'il a pour but d'évaluer le travail des salariés, permet évidemment de contrôler leur activité. Ici, c'est même le but recherché.

Lorsque la compétence des représentants du personnel est certaine, à défaut d'avoir respecté les obligations d'information et de consultation, les instances concernées disposent d'un droit propre à saisir le juge (TGI), en référé, pour qu'il suspende la procédure d'évaluation.

Du point de vue individuel, l'employeur ne peut se prévaloir des résultats produits par les procédures d'évaluation pour prendre des mesures à l'encontre des salariés.

Votre Représentant Syndical FO : Roger MOCKA : 0142981259
Vos Délégués Syndicaux FO
Alain ROB : 0142985730 - Bruno PERSELLO : 0140146387 - Charles LEGROS : 0680315546 –
Isabelle GENDRE : 0155778663 - Roberto DE PAOLI : 0155777209

La CNIL est informée

Il faut savoir aussi que lorsque les données collectées pendant les entretiens sont enregistrées dans un fichier informatique, l'employeur doit en déclarer l'existence à la CNIL.
Si l'employeur n'a pas satisfait aux obligations déclaratives nécessaires, il est possible de saisir la CNIL, ou de saisir le tribunal compétent pour obtenir la suspension du processus d'évaluation, le temps que les déclarations soient effectuées.

3. L'évaluation et le contrat de travail

L'information préalable du salarié

Le code du travail prévoit que le salarié est expressément informé préalablement, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle mises en œuvre à son égard. C'est la « transparence du procédé d'évaluation ».

Un droit au refus ?

Si le processus de mise en place du système d'évaluation a été respecté, le salarié peut-il refuser d'être évalué ? Un arrêt de la Cour de cassation a répondu par la négative. Elle considère qu'il relève du pouvoir de direction de l'employeur le droit d'évaluer le travail de ses salariés. Le salarié doit donc se soumettre à cette procédure, sous peine de commettre une faute.
En effet, en vertu du principe de loyauté, l'employeur ne peut contrôler à leur insu ses salariés. Dès lors, il ne peut, au titre du même principe, les évaluer « par surprise », en les convoquant le jour pour le lendemain, sans les informer des conséquences de l'évaluation, ou sans qu'ils aient le temps de réfléchir à la préparation de l'entretien.

Le champ de l'évaluation

Dans le cas où l'entretien s'impose au salarié, l'employeur doit ouvrir l'évaluation à tous les salariés, ou, du moins, tous les salariés placés dans une situation comparable. Il a ainsi été jugé que le fait de priver un salarié d'un entretien d'évaluation peut laisser présumer l'existence d'une discrimination.

4. La forme de l'entretien

Langue de l'entretien

L'évaluation, que ce soit sous forme d'entretien ou de questionnaire, doit obligatoirement se dérouler en langue française, qui est la langue du contrat de travail.

Convocation à l’entretien

La loi ne prévoit pas de réponse mais au nom des principes de loyauté et de transparence, il est fortement conseillé au salarié de connaître à l’avance la date, l'heure et le lieu de son entretien d'évaluation, afin qu'il s'y rende dans les meilleures dispositions psychologiques. A défaut, en cas d'entretien « surprise », lequel se déroulerait mal pour le salarié, une action en réparation du préjudice subi serait envisageable.

Lieu et heure de l’entretien

La loi est également muette sur ce point. Par transposition des règles applicables en matière de licenciement et de sanction disciplinaire, il convient en principe de fixer l'entretien pendant les heures de travail et dans les locaux de l'entreprise.

5. Le déroulement de l’entretien

Les parties à l’entretien

Le salarié est évidemment tenu de se rendre personnellement à l'entretien. La loi ne le prévoyant pas, on ne peut imposer la présence d'un délégué du personnel, d’un délégué syndical ou d’un autre salarié.

Néanmoins, l'évaluation est le moment officiel au cours duquel l'employeur s'exprime sur les aptitudes professionnelles de son salarié. Le moment peut être douloureux, surtout si l'évaluation entraine des conséquences défavorables pour l’intéressé. Dans ce cas, il peut être opportun que le salarié soit accompagné.

En général, l'entretien se déroule directement entre le salarié et son N+1. Cela présente parfois l'inconvénient, pour le salarié, de ne pas pouvoir lui démontrer qu'un travail « imparfait » résulte non des capacités du salarié mais du mode d'organisation du travail tel qu'imposé par ce N+1. Dans ce cas, le fait de pouvoir s'entretenir avec un responsable de niveau supérieur, qui a aussi une vision plus large que le N+1 de l'entreprise, peut permettre au salarié de faire valoir ses besoins de formation, ses envies d'évolution, ou encore de faire remonter les éventuels problèmes de management qu'il subit. La qualité de l'évaluation dépend en effet beaucoup de la qualité de l'évaluateur.

Le temps de l’entretien

Le salarié peut s’exprimer librement sous réserve de rester courtois. Il doit pouvoir «s’approprier l’évaluation », c’est-à-dire pouvoir parler de tout ce qui concerne son poste et son épanouissement dans ce dernier. A la fin de l’entretien, il choisit de signer ou non l’évaluation.

6. Les critères d'évaluation

Obligation de pertinence et de proportionnalité

Il n'est pas possible d'évaluer le travail de façon objective et sans porter un jugement sur le salarié mais il existe quelques garde-fous.
Selon la loi « les méthodes et techniques d'évaluation doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie » (L.1222-3). Entre également en jeu le « principe de proportionnalité » (L.1121-1) selon lequel « il ne peut être apporté aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives, de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché».

La CNIL précise de son côté que « les aptitudes doivent être appréciées sur la base de critères objectifs et représentant un lien direct et nécessaire avec l'emploi occupé ».
Ainsi, l'entretien doit bien avoir comme **seule finalité, l'appréciation des aptitudes professionnelles du salarié** et à toute question impliquant un jugement moral ou comportemental, le salarié n'est pas tenu de répondre.

La portée de l'évaluation

Traditionnellement, l'évaluation porte sur **des critères objectifs**. Par le passé, c'était celui qui permettait la fabrication du maximum de produits qui était le mieux évalué.
Avec la tertiarisation de l'économie, les activités se sont dématérialisées. Dès lors, comment évaluer objectivement une production de l'esprit ?

Certaines DRH ont tenté de juger du **comportement** de leurs salariés. Est-ce simplement possible, au nom des principes de pertinence et de proportionnalité ? Un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 21 septembre a censuré le processus mis en place chez Airbus.
L'évaluation finale du salarié se décomposait en deux éléments : le premier, objectif, notait la réalisation des objectifs, et le second évaluait le comportement du salarié pour atteindre ces objectifs.

Ces critères comportementaux retenus étaient « agir avec courage ; promouvoir l'innovation et livrer des produits fiables ; favoriser le travail d'équipe ; faire face à la réalité et être transparent ; développer ses talents et ceux des autres ».

Comment évaluer le courage d'un travailleur, dès lors qu'il n'est pas militaire, policier ou pompier ? La connotation morale de ce critère « *rejaillit sur la sphère personnelle* » et est « *trop imprécis pour établir une relation directe suffisante avec une activité professionnelle identifiable* », nécessitant « *une appréciation trop subjective de la part de l'évaluateur* ». Des remarques du même ordre peuvent se poser sur l'incitation à être « *transparent* » ou encore à « *faire face à la réalité* ». Les rêveurs, imaginatifs et autres « *pelleteurs de nuages* » n'ont qu'à bien se tenir !
Cette décision est rendue à l'aune de la finalité de l'évaluation, qui vise à apprécier les « *aptitudes professionnelles* ». Autre principe mis en exergue : le principe de pertinence au regard de la finalité poursuivie.

Les juges estiment que « *les critères reposant sur le comportement ne sont pas a priori illicites* », mais ils doivent être « *exclusivement professionnels et suffisamment précis pour permettre au salarié de l'intégrer dans une activité concrète et à l'évaluateur de l'apprécier avec la plus grande objectivité possible* ».

L'objectivité : maître-mot de l'évaluation.

Enfin, le système Airbus avait une finalité disciplinaire, les cadres mal notés devant « *assumer la responsabilité de leurs conséquences* ». L'évaluation professionnelle peut-elle avoir une finalité disciplinaire ? Non, c'est là un dévoiement de l'évaluation. L'évaluation a généralement pour base les objectifs réalisés -ou non- par le salarié. Les méthodes dites de quantification des objectifs se sont améliorées ; mais cela ne donne pas pour autant toute légitimité à ces critères. En effet, le fruit d'un travail n'est pas qu'individuel. Il est révélé et porté par un travail nécessairement collectif. Dès lors, évaluer individuellement les salariés, n'est-ce pas remettre en cause la collectivité de travail ? N'est- ce pas occulter les perpétuelles pollutions du monde extra-expertise, voire extra-secteur ? Le système d'évaluation ne peut donc jamais être, en soi, totalement juste. Les critères de notation ne peuvent en conséquence jamais être, en soi, totalement pertinents. D'ailleurs, ce qui est évalué, est-ce le travail prescrit ou le travail réel ? De façon croissante, des études sont publiées, pointant la différence entre ces deux notions.

Pas d'utilisation possible à des fins disciplimaires.

7. Les conséquences de l'évaluation

Conséquences sur la rémunération et l'évolution du salaire

a) Ranking et rating

Les résultats de l'évaluation doivent rester confidentiels selon l'article L.1222-3 du code du travail.
Ils sont utilisés au classement des salariés selon la méthode du « ranking » (classement), qui est autorisée à conditions de ne pas être fondée sur des critères discriminatoires et de ne pas s'inscrire dans une logique de disciplinaire. Le « rating » (moyenne des évaluations) est également utilisé, afin de simplement quantifier le résultat de l'évaluation.

b) Conséquences pécuniaires

L'employeur est libre de décider des augmentations qui ne sont pas régies par les contrats collectifs, individuels ou par la loi. Néanmoins, il doit respecter l'égalité de traitement et la non-discrimination.
Il peut justifier une différence de salaires en s'appuyant sur un rapport d'évaluation, tandis que le salarié de son côté, peut contester en justice la dite différence de salaire sur les mêmes bases.

c) Conséquence sur l'évolution dans l'entreprise

L'entretien permet d'évoquer la mise à jour éventuelle des connaissances du salarié et d'éventuellement mettre en oeuvre son évolution professionnelle. Il s'agit même d'une obligation de l'employeur (article L.6321-1 du code du Travail).
Par ailleurs, l'entretien peut révéler une insuffisance professionnelle pouvant justifier un licenciement si toutefois l'employeur a bien respecté ses obligations de formation.
Pour terminer, l'entretien ne peut être utilisé à des fins disciplinaires (rétrogradation, diminution de salaire…).

Le risque discriminatoire

Prise en compte des absences liées à la maternité et à un mandat.

Comment doivent être appréciées les « *absences justifiées* », liées à un congé maternité ou l'exercice d'un mandat syndical ou représentatif ? La loi impose d'assimiler ces absences à du temps

de travail effectif. Dès lors, elles doivent être prises en compte dans l'évaluation. Mais, corrélativement, l'employeur ne peut prendre en compte l'exercice du mandat pour arrêter ses décisions. On se trouve donc face à un dilemme : l'évaluation ne peut mettre de côté le représentant du personnel ou la salariée en état de grossesse et en congé maternité, mais elle ne peut prendre en considération ces absences pour fixer le résultat final de l'évaluation.

Le fait de priver un salarié protégé de l'évaluation est discriminatoire, d'autant plus si l'évaluation ouvre droit à promotion ou attribution de prime. Le salarié perdrait une chance d'accéder à ces droits en raison de son mandat (ou de sa maternité), ce qui est absolument proscrit.

Au cours de l'entretien et dans les résultats de l'évaluation, il est également prohibé de faire expressément état des mandats du salarié.

Dès lors, face à ce dilemme, l'employeur peut-il mettre en place un **système d'évaluation spécifique** pour les représentants du personnel et les femmes enceintes ou rentrant de congé de maternité ?

La Cour de cassation a répondu par la négative, concernant un système propre aux salariés exerçant un mandat syndical à temps plein au sein de la CNAV. Les juges estiment que **ce procédé est discriminatoire en soi.**

Il n'existe, à ce jour, aucun mode d'emploi absolument certain pour l'évaluation des salariés protégés. Certains recommandent de recourir à l'article L.2141-5 du code du travail, qui incite à conclure des accords collectifs déterminant les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle et la carrière syndicale. L'idée peut être que l'accord prévoie de pondérer les objectifs alloués au salarié au prorata du temps travaillé, et de valoriser l'activité syndicale ou représentative du salarié. Le fait de s'impliquer dans un comité d'entreprise permet de développer ses compétences, de même que l'activité syndicale.

La contestation de l'évaluation.

A - Contestation individuelle

Il faut savoir que le salarié doit avoir accès à ses résultats d'évaluation. Ce n'est pas le code du travail qui ouvre un tel droit. L'accès aux compte-rendus d'évaluation est en fait prévu par la CNIL, qui a précisé que **les évaluations sont des données confidentielles au sein des entreprises**, mais que pour autant, **la loi informatique et libertés doit garantir à tout salarié le droit d'en obtenir communication dès lors que ces informations sont destinées à prendre une décision à son égard**.

Si le salarié est privé de l'évaluation, il peut, devant le conseil de prud'hommes, demander des dommages et intérêts pour perte de chance d'accéder à une promotion.

La Cour de cassation a accepté de tenir compte de l'évaluation professionnelle d'une salariée, jusqu'alors élogieuse, et devenue défavorable, comme d'un élément permettant de caractériser l'existence d'un harcèlement moral.

En ce qui concerne une évaluation basée sur des critères excessifs, subjectifs et/ou comportementaux, le salarié pourrait demander une réparation du préjudice subi (par exemple, préjudice moral consécutif à des interrogations trop personnelles ou humiliantes).

B - Contestation collective

L'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, du 21 septembre 201169 confirme la possibilité pour les syndicats professionnels de contester un système d'évaluation illicite devant le TGI.
Un syndicat n'a pas cependant pas qualité pour demander la destruction des supports d'évaluation déjà réalisés et de n'en conserver aucune trace dans les dossiers des salariés. Le syndicat se contentera de faire constater l'illicéité du système, à charge pour l'employeur de se conformer à la décision de justice. S'il est récalcitrant, les salariés auront un droit propre pour demander la mise en régularité de leur dossier individuel et, éventuellement, l'attribution de dommages et intérêts en fonction du préjudice subi.

Le syndicat, lorsqu'il contestera le système d'évaluation, pourra demander des dommages et intérêts pour le préjudice apporté aux intérêts collectifs de la profession.

8. Au final, que penser de l'évaluation ?

En soi, **c'est un procédé qui est contestable** : il ne tient pas compte du collectif, favorise l'individualisme et la recherche du résultat à court terme, c'est un outil de dissensions plus que d'unification.

Mais l'existence même de l'évaluation a été actée par les juges. **L'évaluation est, désormais, un fait juridique.** Il faut faire avec, mais pas à n'importe quelles conditions. Il faut notamment que le salarié puisse obtenir une reconnaissance de son travail. On sait les employeurs par trop réticents à émettre des compliments, voire des encouragements, à leurs salariés. Une évaluation mise en place dans un but de respect du salarié, de son travail, et mise en perspective du travail de toute l'équipe, peut avoir des effets bénéfiques pour le salarié. L'entretien aura alors un double effet intéressant pour le salarié : **obtenir une reconnaissance du travail fourni**, et **pouvoir librement émettre des critiques ou observations sur son propre management**. L'évaluation ne doit en aucun cas se transformer en procès à charge du salarié. Si ce dernier n'a pas voix au chapitre, la question se pose, au nom de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur et de la lutte contre les risques psycho-sociaux, de son droit de retrait. **En cas de défaillance de l'employeur quant au respect de ces obligations, les juges doivent sévir**. L'évaluation des salariés se présente, pour eux, comme un excellent terrain pour affiner et affirmer leur jurisprudence protectrice de la santé des salariés.